臺灣高等法院民事判決

108年度上字第128號

上　訴　人　總瑩建設股份有限公司
法定代理人　張廖貴裕
上　訴　人　楊碧玲
共　　同
訴訟代理人　林坤賢律師
　　邱華南律師
被上訴人　陳松碧
訴訟代理人　林清漢律師
複 代理人　侯銘欽律師
　　趙俊翔律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國107 年10月22日臺灣桃園地方法院106 年度訴字第2028號第一審判決提起上訴，本院於108 年6 月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決主文第三項、第四項關於命上訴人各給付被上訴人超過新臺幣玖拾肆萬陸仟柒佰玖拾玖元及其中新臺幣壹拾萬元自民國一百零七年四月十三日起至清償日止之利息，如任一上訴人為給付時，其餘上訴人於其給付範圍內，免除給付責任部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）及第二審訴訟費用，由上訴人連帶負擔二分之一，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、本件被上訴人主張：伊於民國100 年3 月17日與上訴人總瑩建設股份有限公司（下稱總瑩公司）簽立「湯城世紀大樓房屋預定買賣合約書」（下稱系爭房屋契約）、與上訴人楊碧玲簽立「湯城世紀大樓土地預定買賣合約書」（下稱系爭土地契約，並與系爭房屋契約合稱系爭房地兩契約），購買坐落於桃園市○○區○○段○ 號土地（權利範圍33/100000 ）

之土地（下稱系爭土地），及其上同段617建號（權利範圍為全部）即門牌號碼桃園市○○區○○路0段000巷0弄00號11樓之房屋、附屬建物及共有部分即同段868建號（權利範圍658/100000，即車位編號23、24、47、222）（下合稱系爭建物，並與系爭土地合稱系爭房地），房地總價款新臺幣（下同）751萬元，伊已依約繳付價金724萬元，剩餘33萬8,571元尾款未付。依系爭房屋契約第15條第1項約定應於102年12月15日完成主建物附屬建物及使用執照所定之必要設施並取得使用執照，詎總瑩公司遲至104年8月10日始取得使用執照，伊得依系爭房屋契約第15條第2項約定及99年8月內政部公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱應記載事項）第12條規定，請求總瑩公司給付自102年12月16日起至104年8月10日止遲延完工合計602日，按已繳房地價款萬分之5計算之遲延利息56萬5,030元。再依系爭房屋契約第19條第2項約定，總瑩公司應於領得使用執照6個月內即105年2月10日通知伊交屋，惟總瑩公司迄未交屋，伊得依應記載事項第15條第1項第4款規定請求總瑩公司給付每逾1日按已繳房地價款萬分之5計算之遲延利息157萬6,865元及自106年9月11日起至交付系爭房地之日止，按日給付3,755元之遲延罰款。復依系爭土地契約第11條第1項約定，由敗訴之一方應負擔他方律師費費用，楊碧玲應賠償伊因本件訴訟所支出之律師費用10萬元。另伊就價金尾款33萬8,571元，與上開上訴人之債務抵銷後，上訴人尚應給付伊189萬7,834元，且依系爭房屋契約第29條、系爭土地契約第12條第1項約定，系爭房屋契約與系爭土地契約為契約聯立，故上訴人應負不真正連帶責任。爰依系爭房屋契約第15條第2款、第19條第2項、第29條之約定，應記載事項第12點、第15點第1款第4目規定，系爭土地契約第11條第1款、第12條第1項之約定，求為命：㈠上訴人應各給付伊189萬7,834元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率5％計算利息。並各應自

106年9月11日起，至總瑩公司交付房屋之日止，按日給付伊3,755元。前項所命給付如任一上訴人為給付時，其餘上訴人於給付範圍內，免除給付責任。㈡願供擔保請准宣告假執行（未繫屬本院者，不予贅述）。

二、上訴人則以：依系爭房屋契約第10條第1項第3款、職業安全衛生設施規則第226條及營造安全衛生設施標準第42條第1項第3款規定，應扣除不可抗力之颱風或大雨20天不計入遲延完工期間。又伊已於104年12月25日將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人，依系爭房屋契約第18條第4項第1款約定，被上訴人應於房屋移轉登記前繳清交屋款以外之自備款，惟伊遲至106年8月1日始收到被上訴人依約應繳付之貸款525萬元，故伊於106年8月29日通知交屋並未遲延；，伊依民法第264條規定行使同時履行抗辯權，在被上訴人辦妥貸款前，伊並無遲延取得使用執照或通知交屋之違約。縱認應賠付違約金，惟系爭房屋契約、系爭土地契約乃各自獨立之契約，被上訴人僅得請求總瑩公司給付，楊碧玲不負不真正連帶責任；且被上訴人主張之違約金過高，依民法第252條規定應予酌減等語，資為抗辯。

三、原審為被上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命楊碧玲應將系爭土地及土地所有權狀交付予被上訴人；總瑩公司應將系爭建物及建物所有權狀交付予被上訴人；上訴人各應給付被上訴人189萬7,834元，及自107年3月6日起至清償日止，按週年利率5％計算之利息；並各應自106年9月12日起，至總瑩公司交付房屋之日止，按日給付被上訴人3,755元；前項所命給付，如任一上訴人為給付時，其餘上訴人於其給付範圍內，免除給付責任，駁回被上訴人其餘之訴，並就勝訴部分為准、免假執行之宣告。上訴人就其敗訴部分，提起部分上訴，上訴聲明為：㈠原判決關於命上訴人各應給付被上訴人189萬7,834元，及自107年3月6日起至清償日止，按週年利率5％計算之利息，並各應自106年9月12日起，至總瑩公司交付房屋之日止，按每日給付被上訴人

3,755 元部分及該假執行之宣告均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。（被上訴人就其敗訴部分，未據上訴，非本院審理範圍）

四、兩造不爭執事項（本院卷第238頁、原審卷第80、81頁）：

㈠被上訴人於100 年3 月17日與上訴人簽立系爭房地兩契約，以房地總價751 萬元購買系爭房地，其中土地價款為361 萬元、房屋及車位價款各195 萬元。系爭房屋契約第15條第1 項約定總瑩公司應於102 年12月15日取得使用執照，總瑩公司實際於104 年8 月10日取得使用執照；依系爭房屋契約第19條第2 項，上訴人應於領得使用執照6 個月內即105 年2 月10日通知被上訴人交屋；上訴人於104 年12月25日將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人等情，有系爭房地兩契約、建物及土地登記第一類謄本在卷可考（原審卷第8 至28、44至47頁）。

㈡被上訴人於101 年9 月20日前合計繳納系爭房地價金共179 萬元、103 年9 月16日繳款16萬元、104 年9 月6 日繳納4 萬元、106 年8 月1 日銀行撥付貸款525 萬元予上訴人，除尾款33萬8,571 元外，已付清買賣價金及相關費用等情，並有108 年3 月27日臺灣土地銀行南桃園分行桃放字第1085000800號函附之被上訴人貸款相關資料在卷為憑（本院卷第171 至182 頁）。

㈢就桃園區歷年大雨及颱風假日數，自開工後，於102 年12月15日前共15日、103 年9 月16日前共4 日、104 年8 月10日前共1 日（本院卷第69、71、134頁）。

五、被上訴人主張其向上訴人簽約購買系爭房地，因總瑩公司遲延取得使用執照及遲延交屋應給付遲延利息，上訴人依約應負不真正連帶責任關係，請求上訴人給付遲延利息及律師費等情，為上訴人否認，並以前詞置辯。茲就兩造之爭點及本院之判斷，詳述如下：

㈠上訴人就本件違約責任應負不真正連帶責任：

1.按契約之聯立者，係數個契約（典型或非典型）具有相互結合之關係（最高法院90年度台上字第1779號判決意旨參照）。其各個契約相互間是否具有依存關係，應綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約時之真意、交易之習慣及其他具體情事，並本於誠信原則，為斷定之標準。即依當事人之意思，一個契約之效力或存在依存於另一個契約之效力或存在，其個別契約是否有效成立，雖應就各該契約判斷之，但設其中之一個契約不成立、無效、撤銷或解除時，則另一個契約亦應同其命運（司法院院字2287號解釋參照）。另按不真正連帶債務係謂數債務人具有同一目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務，因債務人中一人為給付，他債務人即應同免其責任之債務（最高法院101 年度台上字第367 號判決意旨參照）。

2.查被上訴人雖係分別簽立系爭房地兩契約，然對買賣雙方而言，該契約目的在於總瑩公司應依約完成預售屋之興建並取得使用執照，併同買方另向楊碧玲買受之基地持分即系爭土地為移轉、交付。故系爭建物與系爭土地，屬緊密不可分之契約標的，若互缺其一，各個契約目的即無法達成，而無單獨存在之必要。再者，系爭房屋契約第29條第1 項約定：本約之附件視為本約之一部分，與本約具有同等效力，並與系爭土地契約具連帶不可分性應共同履行，並自簽約日起同時生效，任何一部分不履約時視同全部違約，解除契約時視為全部解除。」（原審卷第16頁）；系爭土地契約第12條第1項亦約定：本約之附件視為本約之一部分，與本約具有同等效力，並與系爭房屋契約具連帶不可分性應共同履行，並自簽約日起同時生效，任何一部分不履約時視同全部違約，解除契約時視為全部解除。（原審卷第22頁）。可知，系爭房地兩契約除成立、生效、解除具有不可分離之依存關係外，另均明文約定「具連帶不可分性應共同履行」，如有任一契約「一部不履約（即違反契約義務）視同全部（即系爭房地兩契約）均違約」，即買賣當事人相互合意其一契約之賣方

（買方），於另一契約賣方（買方）違約時，將「視同違約」，自應屬聯立契約。參以應記載事項亦係就「包含房地」之預售屋買賣為一體規定，為避免消費者因上訴人將原本可單一成立之預售屋買賣契約，分拆成二個契約而蒙受不利益，自應使上訴人就系爭房地兩契約之債務不履行負不真正連帶債務責任。則就後述任一上訴人應負違約之給付義務者，被上訴人請求其餘上訴人應負不真正連帶債務，應屬有據，合先敘明。

㈡按定型化契約條款，指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款；定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋，消費者保護法第2條第7款、第11條第2項定有明文。又中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之；違反第1項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效；中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容，同法第17條第1項、第4項前段、第5項亦有明文。且建商銷售預售屋之實務操作，若建案之土地所有權人（地主）與建商（起造人）非屬同一人，而由地主、建商與買方分別簽訂土地、及房屋買賣預售契約時，各契約仍應符合應記載事項，並應依應記載事項就土地或房屋預售應規範之條款予以調整，亦有內政部107年7月16日內授中辦地字第1071354117號函可佐（本院卷第61至63頁）。查系爭房地兩契約條款為上訴人為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，核屬消費者保護法所稱定型化契約，此觀系爭房地所在之湯城世紀甲區B1棟社區大樓樓層數為11層即明，故依前揭消費者保護法規定之應記載事項條款，即構成兩造間系爭房地兩契約之內容。上訴人另辯稱楊碧玲為自然人，非屬企業經營者，無應記載事項之適用云云。然依消費者保護法第2條第2款規定，凡以經銷商品為營業者，即為企業經營者

，並未排除自然人之適用。且楊碧玲為總瑩公司法定代理人之配偶，有戶籍謄本在卷為憑（原審卷第43頁），其與總瑩公司共同銷售系爭房地所屬「湯城世紀」大樓預售屋建案，並與訂購戶間發生眾多與本件類似糾紛而爭訟之事實，此為本院公知之事實，足證總瑩公司、楊碧玲係共同以銷售該建案預售屋房地為營業，均屬企業經營者無訛，自有應記載事項之適用。上訴人上開所辯，並不可採。

㈡被上訴人請求上訴人應負遲延取得使用執照之金額為若干？

1.查系爭房屋契約第15條第1 款第3 目、第2 款約定：「本預售屋之建築工程，自99年4 月30日前開工，並於102 年12月15日以完成主建物附屬建物及使用執照所定之必要設施，並取得使用執照，但有下列情形之一者，其期間不計入前開日數：㈡因天災地變等人力不可抗力之事由，致乙方（即總瑩公司）不能施工者，其影響期間。」、「賣方如逾前款期間未完工者，每逾一日應按已繳房屋價款萬分之五計算遲延利息予買方。」有系爭房屋契約在卷可按（原審卷第12頁正反面）。又上開約定雖係以已繳「房屋」價款作為計算依據，然上開約款，核與應記載事項第12點第2 款規定，係以已繳「房地」價款作為遲延利息之計算依據不符（本院卷第108頁），是系爭房屋契約上開約定無效，應逕適用應記載事項第12點第2 款即以「已繳房地價款」計算遲延遲延利息。自不因系爭房地係分就系爭建物與坐落土地分別訂立契約，而有不同。

2.又依職業安全衛生設施規則第226 條規定：「雇主對於高度在二公尺以上之作業場所，有遇強風、大雨等惡劣氣候致勞工有墜落危險時，應使勞工停止作業。」、營造安全衛生設施標準第42條第1 項第3 款規定：「雇主使勞工從事施工架組配作業，應依下列規定辦理：三、強風、大雨、大雪等惡劣天候，實施作業預估有危險之虞時，應即停止作業。」，故上訴人主張因大雨或颱風而依法停止作業，係屬系爭房屋契約第15條第1 款第3 目約定之不可抗力事由，應不計入遲

延期間，尚屬有據。然總瑩公司本應於102 年12月15日完工取得使用執照，扣除桃園區歷年大雨及颱風假日數，自開工後，於102 年12月15日前共15日（不爭執事項㈢），亦應於102 年12月30日完工，卻遲至104 年8 月10日方取得使用執照（不爭執事項㈠），縱再扣除103 年9 月16日前共4 日、104 年8 月10日前共1 日（不爭執事項㈢）大雨或颱風假外，仍有逾期，違反系爭房屋契約第15條第1 款約定，被上訴人自得依同條第2 款及應記載事項第12點之規定請求給付遲延利息，並以被上訴人於101 年9 月20日前合計繳納系爭房地之價金共179 萬元、103 年9 月16日再繳款16萬元為計算基礎，則被上訴人請求上訴人給付自102 年12月31日起至104 年8 月9 日止，扣除5 日之遲延利息為54萬6,075 元【計算式：179 萬元x萬分之 5 × 255 天〈即102 年12月31日至103 年9 月15日，並扣除4 日大雨、颱風假〉）＋（195 萬元x萬分之 5 × 326 天〈即103 年9 月16日至104 年8 月9日，並扣除1 日大雨、颱風假〉）＝22萬8,225 元+31 萬7,850 元＝54萬6,075 元】之範圍內，自屬有據，應予准許。

3.上訴人另以依委辦貸款契約書，被上訴人於簽約時即負有先行辦妥貸款之義務，依民法第264 條第1 規定，在被上訴人未貸款手續前，其免負遲延取得使用執照之責任云云，然查，依照委辦貸款契約書第2 條約定：「本件貸款買方願以所訂購不動產之全部產權作為抵押物，辦理抵押權設定登記予貸款機構。」（本院卷第147 頁）。兩造於100 年3 月17日簽立系爭房地兩契約時，上訴人就本件湯城世紀大樓尚未興建完成，被上訴人無法辦理抵押權設定登記，上訴人主張被上訴人於簽約之時負有先行辦妥貸款之義務，殊難想像，且與兩造上開約定不符。且被上訴人於102 年10月28日已簽立授信申請書及房屋貸款特別提醒事項等（本院卷第173 、174 頁），係在前述102 年12月30日應完工之日前即申辦貸款，並無違約，則上訴人以此為由行使同時履行抗辯權，自

無可採。

㈣被上訴人請求上訴人應負遲延通知交屋之金額為若干？

1.依系爭房屋契約第19條第2項約定：「賣方應於領得使用執照六個月內，通知買方進行交屋。」（原審卷第13頁）。雖系爭房屋契約就遲延通知交屋乙節，並無違約金或遲延利息之約定，惟應記載事項第15點第1款第4目規定：「賣方應於領得使用執照6個月內，通知買方進行交屋。於交屋時雙方應履行下列各項義務：4.賣方如未於領得使用執照6個月內通知買方進行交屋，每逾1日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方。」（本院卷第110頁），則總瑩公司應於取得使用執照6個月內通知被上訴人進行交屋，如有逾期，每逾一日即應按已繳房地價款依萬分之5計算遲延利息予被上訴人。

2.查總瑩公司係於104年8月10日取得使用執照，依上開約定，應於105年2月10日前通知被上訴人交屋，惟總瑩公司係於106年8月29日寄發存證信函通知被上訴人交屋，被上訴人於翌日收受，有存證信函及回執影本在卷為憑（原審卷第32頁、本院卷第141頁），顯已逾上開約定之期限。上訴人雖辯稱其於106年8月1日始收到本件貸款525萬元，依系爭房屋契約第18條第4項第1款約定產權移轉登記前被上訴人應繳清交屋款以外之價金，被上訴人有先給付價金之義務，卻遲至106年9月11日主張抵銷尚未給付之36、38、39期期款（下稱系爭期款），在此之前其不負通知交屋遲延責任，並行使同時履行抗辯權，遲延責任即可溯及免除云云。經查：系爭房屋契約第18條第4項第1款約定：「買方於賣方房屋移轉登記前應履行下列義務：㈠繳清本合約所訂除第14條交屋款以外之自備款…。」，然系爭房屋契約第14條並非繳款之約定，上訴人嗣主張該條應係指依第9條第3款付款方式而誤載為第14條等語（本院卷第238頁），然查系爭房屋契約第9條第1款約定：「買方應依附件㈠付款明細表之規定，於接獲賣方書面繳款通知單7日內依賣方指定之繳納

地點及方式以現金或即期票據如數壹次繳清。」（原審卷第10頁反面），上訴人所提證據為106年7月5日寄發存證信函催告被上訴人於7日內聯絡複驗並繳納價款（原審卷第105至106頁），已逾賣方應於105年2月10日前通知交屋之期限，亦在104年12月25日系爭房地所有權移轉登記之後，上訴人並未舉證其於產權過戶完成「前」已通知被上訴人應繳之款項，被上訴人未受通知，顯無從知悉應於何時繳納款項，上訴人完成過戶後，遲至本院審理中於107年12月19日始具狀主張被上訴人未於移轉登記前給付系爭期款而就通知交屋遲延行使同時履行抗辯權，自難採之。再者，系爭房屋契約第19條第2項、第3項約定：「二、賣方應於領得使用執照六個月內，通知買方進行交屋；於交屋時雙方應履行下列各項義務：㈠、賣方付清因遲延完工所應付之遲延利息予買方。㈡買方繳清本合約所有之應付未付款（含交屋保留款）及完成一切交屋手續。三、買方應於收到交屋通知日起七日內配合辦理交屋手續，…」（原審卷第13頁），可知總瑩公司於領得使用執照後，即有於6個月內通知被上訴人交屋之義務，並於交屋時應付清因遲延完工所應付之遲延利息，被上訴人經其通知交屋後，始有於七日內配合辦理交屋手續，是總瑩公司有先為通知交屋之義務，被上訴人始有配合交屋之義務，交屋時結算未付款之問題，可見通知交屋與實際交屋間顯有區別，縱被上訴人有價金尾款未付之情形，亦應先由總瑩公司通知交屋後，方有後續結算款項之問題。上訴人前揭所辯，並不足採。

3.被上訴人依系爭房屋契約第19條第2項及應記載事項第15點第1款第4目規定，請求上訴人給付105年2月11日起至106年8月29日止遲延通知交屋之賠償，自屬有據。而被上訴人於104年9月6日已繳付房地價款199萬元、106年8月1日銀行撥付貸款525萬元，合計已付價款724萬元（不爭執事項㈡），則依上開規定，被上訴人得請求逾期通知交屋之金額為63萬9,295元【（計算式：199萬元x 5/10000

× 537 日〈105 年2 月11日至106 年7 月31日，105 年為閏年〉＋724 萬元× 5/10000 × 29日〈106 年8 月1 日至106 年8 月29日〉）＝53萬4,315 元＋10萬4,980 元＝63萬9,295 元】。逾此範圍之請求，則非有據，不應准許。又上開約定係以「通知」交屋之日為計算遲延之依據，並非以實際交屋之日，則被上訴人另請求上訴人自106 年9 月12日起至交付系爭房地之日止，按日給付3,755 元，自無可採。

4.上訴人於本院另以因被上訴人有遲延繳款之違約，其已於106 年7 月19日以存證信函催告上訴人於7 日內交付上開貸款，並為解除契約之意思表示，而於107 年7 月28日發生解約之效力，上訴人得沒收房地價款15%，以此主張抵銷云云。惟按當事人不得於二審提出新攻擊防禦方法，民事訴訟法第447 條第1 項本文定有明文。且同法第400 條第1 項所謂確定判決之既判力客觀範圍，不僅關於言詞辯論終結前所提出之攻擊防禦方法有之，即其當時得提出而未提出之攻擊防禦方法亦有之（最高法院42年度台上字第1306號、51年度台上字第665 號判例要旨參照）。是當事人於既判力基準時點前得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，因既判力之遮斷效，而不得再為與確定判決意旨相反之主張。經查，被上訴人依系爭房地兩契約於原審請求楊碧玲交付系爭土地及土地所有權狀，請求總瑩公司交付系爭建物及建物所有權狀，原審就此部分判決被上訴人勝訴，上訴人並未提起上訴，亦未於本院擴張上訴聲明，上訴人自不得再為相反之主張，是上訴人於二審主張解除契約，並以此為抵銷之抗辯，自有未合。

㈤上訴人請求酌減違約金，是否可採：

1.按依民法第233 條第1 項之規定，遲延之債務以支付金錢為標的者，債權人始得請求遲延利息，倘所負債務非以支付金錢為標的者，縱有遲延給付情事，債權人亦無從請求遲延之利息（最高法院37年上字第8014號判例參照）；惟遲延利息原有違約金之性質，如該項契約當事人之真意，其約定債務人給付遲延時應支付遲延利息，即係關於違約金之訂定，自

應依民法關於違約金之規定而為實質上之裁判（最高法院43年台上字第576號判例參照）。查總瑩公司未依期限取得使用執照及通知交屋，非屬以支付金錢為標的，依前開說明，應認系爭房屋契約第10條第2項所約定及應記載事項第15點第1款第4目規定之「遲延利息」，性質應屬違約金，此亦為被上訴人所不爭執（本院卷第276頁）。上訴人並主張本件違約金應以買方實際所受損害作為酌減違約金之判斷依據，審之系爭房地兩契約並無賣方遲延，買方另得請求損害賠償之約定，則上開條款自應認定為被上訴人因總瑩公司遲延完工取得使用執照及通知交屋，所生損害之賠償總額。

2.次按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條固有明定。惟基於民事訴訟採辯論主義原則，就約定違約金額是否過高之事實，應由主張違約金過高之當事人負提出事實及舉證之責任，法院僅依當事人所提出之事實及證據，依職權審究其違約金之約定是否確有過高情事及應如何核減至相當之數額，尚非謂法院須依職權蒐集並調查有關當事人約定之違約金是否有過高之事實。又違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護。（最高法院92年度台上字第2747號判決、104年度台上字第419號判決意旨參照）。

3.上訴人固然提出訴外人之房屋租賃契約3張，主張桃園地區租屋之平均價格為每月8,500元，請求酌減本件違約金云云

，惟查，系爭建物包含門牌號碼桃園市○○區○○路0段000巷0弄00號11樓之房屋及4個車位，而上訴人所提出房屋租賃契約之出租房屋所在位置，分別為桃園市○○區○○○街○○號2樓、新北市○○區○○街及桃園市○○區○○路等地（本院卷第225、227、229頁），非屬系爭房地鄰近區域，上開3房屋之平均租金自難作為本件系爭房地租金價額之參考依據。再者，系爭房地兩契約係由上訴人二人所預先制定，並約定賣方相關遲延責任之條款，要求被上訴人簽署並受拘束，被上訴人僅為一般消費者，本無從置喙之餘地；今上訴人違約，其等既身為社會經濟及履約能力較強之一方，自應受其等所自行擬定之違約金額約定之拘束。又依系爭房屋契約，以每日萬分之五計算之遲延利息換算年利率，未逾民法第205條週年利率20%之限制，並無違約金過高之情事。另參應記載事項第12點第2款、第15點第1款第4目等規定，均係以每逾1日，按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方，此乃主管機關依消費者保護法授權所制訂之規範，亦即係經主管機關斟酌現今社會預售屋買賣現況，及衡量企業經營者與消費者間之關係，為保護消費者權益，促進國民消費之安全等目的，本於其專業所為之規範，系爭房屋契約所定之遲延利息計算方式，已屬主管機關所定之最低下限，計算方式並無不合理之現象。本件兩造於訂約時，既已紜衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，難認約定之違約金額有何過高而應酌減之情形，上訴人主張應以已繳金額年息5%計算違約金云云，亦屬無據。

㈥被上訴人得否向上訴人請求律師費10萬元：

依系爭土地契約第11條第1項後段約定「且敗訴之一方應負擔他方律師費、訴訟費用。」（原審卷第22頁），即約定由敗訴方負擔對造之律師費，至於勝訴部分自無需負擔對造律師費用，則在一部勝訴一部敗訴之情況，自應以敗訴之比例負擔對造之律師費，始符合當事人之真意。被上訴人主張因

本件訴訟委任律師支付第一審律師費10萬元，並提出收據1紙為證（原審卷第126頁），此為上訴人所不爭執。又參照民事訴訟法第77條之2第1項前段、第2項規定：「以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。」、「以一訴附帶請求其孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。」而被上訴人於原審請求上訴人分別交付系爭房地及權狀（下稱主請求），並請求給付遲延利息即違約金，及依民法第229條、第231條第1項賠償房屋稅、地價稅之損害等，則依上開規定，應以系爭房地之價額計算訴訟標的價額，附帶請求之損害賠償及違約金不併算價額。而原審判決上訴人應交付系爭房地及權狀，即原審判決被上訴人「主請求」全部勝訴，則被上訴人依系爭土地契約第11條第1項後段約定，請求上訴人給付第一審律師費全額，應屬有據。上訴人雖辯稱應比照最高法院裁定律師酬金標準，以2萬元計算律師費云云。惟依法院選任律師及第三審律師酬金核定支給標準第1條規定：「本標準依民事訴訟法第77條之25第2項訂定之。」第2條規定：「本標準所稱之律師酬金，係以得列為訴訟費用者為限。」、最高法院選任律師為訴訟代理人辦法及第三審律師之酬金支給標準第1條規定：「本選任辦法及酬金支給標準依民事訴訟法第466條之2第2項訂定之。」，係規定由法院選任律師或是列入訴訟費用之第三審律師之酬金核定標準，與本件被上訴人自行委任律師支付第一審律師費之情形不同，上訴人前開所辯，並不可採。故被上訴人請求上訴人給付第一審律師費10萬元，應予准許。

㈦按民法第334條第1項規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。」本件被上訴人得請求上訴人給付遲延取得使用執照54萬6,075元、遲延交屋63萬9,295元及第一審律師費10萬元，已如前述，而被上訴人尚有尾款33萬8,571元未付（不爭執事項㈡），則被上訴人於106年9月11日寄

發存證信函主張以上訴人因遲延之賠償金額抵銷尾款33萬8,517元（原審卷第34至36頁），尚無不合，上訴人尚應給付被上訴人之金額為94萬6,799元（54萬6,075元＋63萬9,295元＋10萬元－33萬8,571元＝94萬6,799元）。被上訴人逾此範圍之請求，無從准許。

㈧末按違約金，有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，本件違約金如為懲罰之性質，於上訴人履行遲延時，被上訴人除請求違約金外，固得依民法第233條規定，請求給付遲延利息及賠償其他之損害，如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害，業已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息賠償損害（最高法院62年台上字第1394號民事判例要旨參照）。故除律師費10萬元外，其餘被上訴人請求給付84萬6,799元（94萬6,799元－10萬元）損害賠償總額性質之違約金部分，不得再請求給付遲延利息。

六、綜上所述，上訴人依系爭房屋契約第15條第2款、第19條第2項、第29條，系爭土地契約第11條第1款、第12條第1項之約定，及應記載事項第12點第2款、第15點第1款第4目等規定，請求上訴人各應給付被上訴人94萬6,799元，及其中10萬元自起訴狀繕本送達翌日即自107年4月13日（原審卷第60、61頁）起至清償日止，按週年利率5％計算之利息，前項所命給付，如任一上訴人為給付時，其餘上訴人於其給付範圍內，免除給付責任部分，為有理由，應予准許。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤，上訴意旨，就此部分，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第79條、第85條第2 項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　3　　日

民事第二庭

審判長法　官　陳容正

法　官　王怡雯

法　官　紀文惠

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　3　　日

書記官　李昱蓁